CONTENTIEUX, PROCEDURE ET JURIDICTIONS

Sous la responsabilité de Tiennot Grumbach, avocat du Barreau de Versailles,
et Evelyne Serverin, Directeur de recherches au CNRS, IRERP, UMR 7029, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

L'entretien préalable à la rupture conventionnelle, en question devant les juges du fond



Cons. prud'h. Toulouse, 24 mai 2011, RG n° 09/03585, section encadrement, jugement de départition, M. X... /SA SII (extraits) et Angers, ch. soc., 18 janvier 2011, RG n° 09/02348 (extraits)

Décisions en ligne sur www.dalloz-revues.fr

« [...] Or pour que la procédure puisse être considérée comme respectée, encore faut il qu'il s'agisse de véritables entretiens permettant au salarié de donner un consentement éclairé. En l'espèce, le document produit par l'employeur ne permet aucunement de se convaincre de l'existence d'entretiens remplissant cette condition. Il est au contraire fait état non d'un véritable entretien, mais d'une alternative qui aurait été posée à M. X... entre un licenciement et une rupture conventionnelle. Aucun élément de ce courriel ne permet de considérer que les modalités de la rupture auraient fait l'objet d'une discussion. Il s'en déduit qu'on voit mal comment il pourrait être considéré que le consentement du salarié était bien éclairé. Ceci est effectivement de nature à vicier l'ensemble de la procédure.

Dès lors, la rupture doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. [...]. » (1er arrêt).

« Sur la validité de la rupture conventionnelle du contrat de travail

[...] M. Olivier X... a également signé le procès-verbal d'entretien du 18 septembre 2008, qui rappelle la remise en mains propres de la convocation à l'entretien, et, selon les exigences des textes, énonce : - le régime de la rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée-les

propositions des parties, et notamment précise que M. Olivier X... demande à se voir dispenser de toute activité professionnelle moyennant rémunération à compter du 26 septembre 2008- le terme du contrat de travail au 31 octobre 2008- les incidences financières, soit le calcul de l'indemnité de rupture.

M. Olivier X... a enfin signé le 22 septembre 2008, en y apposant la mention manuscrite : lu et approuvé, la convention de rupture avec mention de la précision de sa rémunération mensuelle brute moyenne, de celles des 12 derniers mois, du rappel de la date de l'entretien de négociation, de la levée de la clause de non concurrence, de la dispense d'activité convenue le 18 septembre, et de la fin du délai de rétractation au 7 octobre 2008. » (2e arrêt)

Avec près de 480 000 ruptures conventionnelles homologuées entre le 1er août 2008, date d'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, et 30 décembre 2010 [1], avec une part croissante dans l'ensemble des fins de contrats à durée indéterminée (de 7,4 % en 2009 à 11,1 % en 2010) [2], la rupture conventionnelle fait désormais partie intégrante de la panoplie des instruments juridiques de gestion de la main-d'œuvre. Pour l'heure, et dans l'attente des résultats des premières enquêtes qualitatives, on ne sait à peu près rien des conditions dans lesquelles cette forme de rupture est proposée, ni des négociations auxquelles elle donne lieu. Et on ne peut guère compter sur le contentieux pour faire apparaître ces modalités concrètes. Comme nous l'avions anticipé, les recours sont rares [3], et se distribuent autour de quelques litiges : refus d'homologation [4], fraude aux droits collectifs en matière de licenciement économique [5], ou aux droits protecteurs de certains salariés [6], existence d'un litige [7]. En ce qui concerne l'exigence de consentement, placée au cœur de la validité de la convention par de l'alinéa 2, l'article L. 1237-11 du Code du travail [8], la procédure suivie est présumée empêcher toute dérive. En effet, le cumul des conditions (au moins un entretien préalable, avec possibilité d'assistance, un délai de rétractation de quinze jours, une homologation par les services départementaux du travail), est supposé permettre au salarié de se déterminer en toute connaissance de cause, et partant, limiter les risques de recours. De fait, dans le désert contentieux qui entoure le dispositif, ces contestations sont les plus rares [9]. Elles n'en sont que plus intéressantes, notamment lorsqu'elles soulèvent une question qui n'a été abordée ni dans l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, ni dans la loi du 25 juin 2008 : celle de la forme et de la teneur des entretiens présumés garantir un consentement éclairé du salarié. Deux décisions récentes lèvent le voile sur les conditions de cette information. Elles mettent en évidence la fonction centrale de l'entretien préalable, dont « le juge actif » doit contrôler l'existence et la substance. Il ressort du jugement rendu en formation de départage par le Conseil de prud'hommes de Toulouse le 24 mai 2011 que l'entretien doit être formalisé, et qu'il ne peut y être supplée par d'autres moyens (I). La Cour d'appel d'Angers avait à répondre à une autre question : l'information dispensée au cours de l'entretien peut-elle faire l'objet de vérifications, ou est-elle irréfragablementprésumée adéquate ? L'enjeu est de taille, et on ne pourra se satisfaire de la réponse donnée sur ce point par la Cour d'appel dans son arrêt du 18 janvier 2011 (II). Compte tenu de l'ampleur du recours à ce nouveau mode de gestion et de décrutement des salariés en contrat à durée indéterminée, seul l'affichage d'un contrôle judiciaire approfondi du consentement à la rupture, est de nature à inciter les employeurs à plus de loyauté dans la conduite de la procédure.

I. - Un entretien préalable, pour garantir la liberté du consentement

L'article L. 1237-11, alinéa 3, du Code du travail précise que la rupture conventionnelle « est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties ». Parmi ces dispositions, l'article L. 1237-12 prévoit que les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors *d'un ou plusieurs entretiens* au cours des-

(1) *DARES, Analyses*, n° 46, juin 2011, « Les ruptures conventionnelles de la mi-2008 à la fin 2010 ».
(2) *DARES Analyses*, n° 005, janvier 2011, « Les mouvements de main-d'œuvre en 2009 : une légère reprise de la rotation malgré une baisse de l'emploi ».
(3) Si nous ne disposons pas de données statistiques sur les recours devant les conseils de prud'hommes, la consultation de la base exhaustive des arrêts de cours d'appel proposée par Dalloz, nous a permis de relever une trentaine d'arrêts mettant en discussion directement la rupture conventionnelle.
(4) T. Grumbach, note Cons. prud'h. 14 oct. 2008, n° F08/00501, *Sem. soc. Lamy,* 10 nov. 2008, n° 1374, p. 12. ; P. Bouaziz et N. Collet-Thiry, « La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée : mode d'emploi », *Dr. ouvrier* 2010. 65 ; J. Pélissier, « Modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 2008. 679 ; E. Serverin et T. Grumbach « Le juge des référés prud'homal face au refus d'homologation de ruptures conventionnelles », *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 20.
(5) L'arrêt de la Chambre sociale du 9 mars 2011 a été amplement commenté, et nous n'y reviendrons pas. On se reportera aux analyses de J.-M. Béraud, « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique », *RDT* 2011. 226 ; F. Géa, « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique », *RDT* 2011. 244 ; G. Couturier, « Ruptures conventionnelles et licenciements collectifs », *RJS* 5/2011. 347.
(6) T. Grumbach et E. Serverin, « De l'abus dans le recours à la rupture conventionnelle. Le CPH des Sables-d'Olonne ouvre la voie », *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1451.8-1.
(7) F. Taquet, « Interdiction de conclure une rupture conventionnelle en cas de litige entre employeur et salarié », Riom, 18 janv. 2011, n° 10/00658, *RDT* 2011. 243.
(8) « La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties ».
(9) Not. Nancy, 26 févr. 2010, n° 09/00952, *DDTEFP c. SARL SUPL*. L'homologation de la rupture conventionnelle est prononcée, contre le refus de la DDTEFP qui considérait que la rupture était motivée par le motif économique né de la fermeture de l'entreprise et alléguait le vice de consentement du salarié. Dans le même sens, Montpellier, 16 févr. 2011, n° 10/04481, M. *X... c. SARL Le Maronnier* : La contestation de la rupture conventionnelle est déclarée irrecevable, mais les demandes relatives à l'indemnisation d'un préjudice autre que celui de la rupture (harcèlement moral antérieur), ont été accueillies.

quels le salarié peut se faire assister, ainsi que l'employeur si le salarié est lui-même assisté. Le texte est muet cependant sur l'initiative de l'entretien et sur son formalisme, contrairement à l'entretien préalable au licenciement, réglé par l'article L. 1232-2 du Code du travail. Des échanges informels, voire même des rendez-vous téléphoniques, sont envisageables, du moins dès lors que le salarié a été informé de la possibilité de se faire assister. Cette imprécision peut être mise à profit par l'employeur pour baptiser « entretien » tout échange intervenu entre les parties. C'est la situation qui s'est présentée devant le Conseil de prud'hommes de Toulouse, dans des circonstances où la liberté du consentement du salarié, M. X..., était particulièrement douteuse. En effet, la rupture conventionnelle était intervenue dans un contexte social marqué par de nombreux départs dans des délais rapprochés : démissions licenciements prononcés, et trois ruptures conventionnelles dont une non homologuée par l'autorité administrative. Cette situation économique n'est pourtant pas prise en considération par le Conseil, qui se borne à affirmer qu'on « ne saurait déduire de ce refus d'homologation que la défenderesse avait effectivement entrepris de détourner les règles du licenciement pour motif économique ». En revanche, la formation prud'homale s'attache précisément aux conditions de l'entretien.

La juridiction relève que la date d'entretien (le 2 juill. 2009), indiquée dans le formulaire soumis à homologation, est fausse. À cette date, le salarié était en congé et à l'étranger. Pour attester néanmoins de la réalité du consentement du salarié, l'employeur produit un courriel d'accord de ce dernier, daté du 10 juillet 2009, soit antérieurement à la signature intervenue le 17 juillet 2009. Ce document portant la signature non contestée de M. X... témoigne que des échanges ont bien eu lieu. Pour autant l'argument de l'employeur revenait à soutenir que l'entretien initial est seulement destiné à acter le consentement, et que par conséquent ce consentement peut être donné par tous moyens, dès lors qu'il est antérieur à la signature. Pour le Conseil, une telle production ne suffit pas. En effet « pour que la procédure puisse être considérée comme respectée, encore faut il qu'il s'agisse de véritables entretiens permettant au salarié de donner un consentement éclairé. En l'espèce, le document produit par l'employeur ne permet aucunement de se convaincre de l'existence d'entretiens remplissant cette condition. Il est au contraire fait état non d'un véritable entretien, mais d'une alternative qui aurait été posée à M. X... entre un licenciement et une rupture conventionnelle. Aucun élément de ce courriel ne permet de considérer que les modalités de la rupture auraient fait l'objet d'une discussion. Il s'en déduit qu'on voit mal comment il pourrait être considéré que le consentement du salarié était bien éclairé. Ceci est effectivement de nature à vicier l'ensemble de la procédure ». La conclusion s'impose pour la juridiction : à défaut d'un véritable entretien, « la rupture doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

La vérification de la juridiction va bien au-delà du seul contrôle de l'existence d'au moins un entretien préalable. Elle vérifie si les échanges entre les parties ont eu lieu en temps utile, et si les informations communiquées entre les parties sont de nature à éclairer leur consentement. Plus précisément, c'est le salarié qui doit bénéficier d'informations transmises par l'employeur sur l'étendue de ses droits et les différentes indemnités dont il pourra bénéficier à l'ultime étape de la procédure, après l'homologation par l'administration du travail. Sur la sanction, on peut discuter le fait que la juridiction ait fait produire à la rupture les effets indemnitaires d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si le consentement éclairé fait défaut, la logique voudrait que la convention soit considérée comme nulle, le contrat de travail reprenant effet, entraînant au moins le paiement des salaires et la reconstitution de carrière en matière de retraite ou de protection sociale.

Mais même à s'en tenir à cette seule requalification, la démarche contentieuse se révèle utile, en ce qu'elle a permis au juge d'exiger que l'entretien ait un minimum de visibilité. Ce que disent les juges de Toulouse, confrontés à l'informalité des échanges, c'est qu'en cas de litige, l'employeur doit apporter la preuve que les discussions n'ont pas été que de façade. Puisque le dispositif prévoit au moins un entretien, le moins qu'on puisse attendre c'est qu'il ait réellement eu lieu. Reste à préciser la teneur de cet entretien. Si la juridiction de Toulouse n'a pas eu à entrer dans ces détails, on peut attendre qu'il soit de nature à permettre au salarié de mesurer les conséquences de son accord, tant sur ses indemnités que sur sa situation au regard de l'emploi.

II. - Quelle information pour éclairer le consentement ?

Un entretien doit donc avoir lieu, mais quelle doit être est sa teneur ? Pour répondre, il faut revenir à sa finalité, qui est de permettre que les parties au contrat *conviennent du principe* d'une rupture conventionnelle, autrement dit, qu'elles soient d'accord pour mettre fin au contrat de travail. Or pour qu'un accord soit valablement donné, il est nécessaire qu'il soit informé, et rien n'est dit dans la loi sur la nature des informations à communiquer. L'article 12 de l'ANI indiquait, entre autres éléments de garantie de la liberté de consentement des parties « l'information du salarié de la possibilité qui lui est ouverte de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès du service public de l'emploi, pour être en mesure d'envisager la suite de son parcours professionnel avant tout consentement ». Cette précision n'a pas été reprise par la loi, de sorte qu'on en reste à l'idée d'informations « utiles » pour l'obtention d'un consentement éclairé. La teneur de ces informations a été discutée devant la Cour d'appel d'Angers, qui répond dans son arrêt du 5 janvier 2011, en ramenant l'information à une simple expression formelle. Cette réponse n'est pas satisfaisante, dans la mesure où les faits, tels qu'ils sont rapportés, laissent planer un doute sur la *validité* de l'information qui avait été

fournie au salarié.

Ces faits sont les suivants. M. Olivier X... est recruté le 25 avril 2005 par la SAS MT2A comme chargé d'affaires, avant de devenir chef de projet, avec un statut de cadre. Atteint d'un cancer, il est placé en arrêt maladie du 19 avril au 10 septembre 2008. Au cours de cette période, l'employeur formule pour la première fois des reproches à son encontre. Par courrier du 23 juillet 2008, il signale que l'examen de ses dossiers en cours révèle plusieurs dysfonctionnements. M. Olivier X... reprend son travail le 10 septembre 2008. Dès le 22 septembre 2008, il signe avec l'employeur une rupture conventionnelle. Cette convention se matérialise le 31 octobre 2008 par la remise d'un chèque pour solde de tout compte de 4 013,75 € accompagnant un dernier bulletin de salaire, une attestation Assedic, une attestation DIF (droit individuel à la formation), et un certificat de congés payés.

Le 4 décembre 2008, M. Olivier X saisit le conseil de prud'hommes du Mans pour voir dire nulle la rupture conventionnelle du 22 septembre 2008, la requalifier en licenciement sans cause réelle et sérieuse, et condamner la SAS MT2A à lui payer des indemnités de licenciement, de préavis, de congés payés, de licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour un montant cumulé de 96 942,90 €, outre diverses sommes liées aux salaires. Par jugement du 2 octobre 2009, le Conseil de prud'hommes du Mans déclare valide la convention du 22 septembre 2008 et dit que M. Olivier X... a été rempli de l'intégralité de ses droits. M. X... est débouté de l'ensemble de ses demandes et il est condamné à 500 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

En appel, M. Olivier X... demande à la Cour d'infirmer la décision déférée, et de requalifier la rupture conventionnelle « en un licenciement abusif et sans cause réelle et sérieuse ». Il réitère ses demandes d'indemnisation. Il affirme que la rupture conventionnelle lui a été imposée par la SAS MT2A, qui l'a mis le 10 septembre 2008 à son retour dans l'entreprise dans l'impossibilité de travailler. Il ne disposait plus ni d'ordinateur ni de téléphone. Il soutient que son consentement à la signature de la convention a été obtenu sous la pression, alors qu'il était fragilisé par ses problèmes de santé « conséquents et non résorbés ». Selon lui, la procédure de rupture conventionnelle n'a pas été respectée puisqu'il n'y a eu aucun entretien préalable. Il expose que ces entretiens préalables sont exigés par la loi pour valider le régime juridique de la rupture, indiquer les propositions des parties en terme de calendrier de procédure, et fixer les incidences financières de la rupture. Il ajoute enfin, que ce n'est que le 22 septembre 2008, que le directeur général, Monsieur Y lui a présenté la convention de rupture, avec un ensemble de documents et la lui a fait signer sans même lui en remettre copie.

À la lecture de l'argumentaire du salarié [10], on comprend que le reproche sur la teneur de l'entretien préalable porte non sur l'absence d'information, mais sur le caractère erroné de celles qui lui ont été fournies. En effet, M. Olivier X... souligne que « les dispositions de l'article L. 1237-13 du Code du travail n'ont pas été respectées puisque le calcul de l'indemnité conventionnelle a été fait sans tenir compte des primes contractuelles complétant la rémunération fixe, et qu'il est dès lors inférieur à l'indemnité légale de licenciement qui s'établit à 4 315,44 € ». Il ajoute que la rupture a été faite en fraude de ses droits, tant au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement résultant de l'application de la convention collective des cadres du bâtiment, que de l'indemnité compensatrice de préavis, de commissions (primes de production 2007 et 2008), de notes de frais, de solde RTT, le tout pour un montant de 51 152,61 €. À l'évidence, le salarié n'a pas été correctement informé de l'étendue de ses droits par l'employeur. Et comme l'entretien a eu lieu très peu de temps après sa reprise d'activité, et qu'il n'était pas assisté au cours de l'entretien [11], personne n'a pu le mettre en garde sur les conséquences de son accord.

La Cour refuse néanmoins de se placer sur le terrain de la validité de l'information, pour se livrer à une appréciation purement formelle des échanges, dont elle suit pas à pas le parcours.

Elle relève d'abord qu'une lettre de convocation a bien été rédigée, dénommée « entretien de négociation », et qu'elle a été remise en main propres, avec signature du salarié, le 11 septembre 2008 pour un entretien fixée au 18 septembre 2008 à 11 heures dans les locaux de la Société. La Cour précise que cette convocation portait mention de la possibilité de se faire assister lors de l'entretien. Elle ajoute que M. Olivier X a signé le procès-verbal d'entretien du 18 septembre 2008. Sur le contenu de l'entretien, selon la Cour, « le procès-verbal répond aux « exigences des textes », en ce qu'il énonce :

- le régime de la rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée ;

- les propositions des parties, et notamment précise que M. Olivier X... demande à se voir dispenser de toute activité professionnelle moyennant rémunération à compter du 26 septembre 2008 ;

- le terme du contrat de travail au 31 octobre 2008 ;

- les incidences financières, soit le calcul de l'indemnité de rupture ».

Enfin, la Cour relève que « M. Olivier X... a signé le 22 septembre 2008, en y apposant la mention manuscrite : lu et approuvé, la convention de rupture avec mention de la précision de sa rémunération mensuelle brute moyenne, de celles des 12 derniers mois, du rappel de la date de l'entretien de négociation, de la levée de la clause de non concurrence, de la dispense d'activité convenue

(10) On trouvera l'intégralité de cet arrêt sur la base judiciaire de Legifrance, à l'adresse http://www.legifrance.gouv.fr.
(11) Ce qui semble être la règle dans cette rupture. La DARES indique qu'en 2009, seulement 9,4 % des salariés se sont fait assister lors de l'un au moins des entretiens, et que 3,4 % des employeurs ont fait de même. *DARES Analyses*, n° 046, juin 2011, *préc.*, p. 2-3.

le 18 septembre, et de la fin du délai de rétractation au 7 octobre 2008 ». Sur l'homologation, la Cour relève que « la SAS MT2A justifie avoir par courrier du 8 octobre 2008 transmis la convention et le formulaire d'homologation au directeur du travail et de l'emploi qui lui a, par lettre du 24 octobre 2008, répondu que sauf décision expresse de refus de sa part, la demande d'homologation serait réputée acquise au 27 octobre 2008. La SAS MT2A justifie avoir informé M. Olivier X... de ses diligences par lettre recommandée avec accusé de réception du 8 octobre 2008 ». Sans répondre aux griefs d'irrégularité des sommes proposées, la Cour conclut que « Les premiers juges, confrontant avec pertinence les dires de M. Olivier X... et les pièces soumises à leur lecture, ont justement apprécié que la rupture conventionnelle avait présenté les critères de forme et de fond exigés par la loi et qu'elle était valide », et déboute le salarié de toutes ses demandes.

À suivre la démonstration de la Cour, l'accord serait irréversible dès lors que les étapes de la procédure ont été suivies, et l'homologation délivrée. Autrement dit, l'homologation constituerait une preuve irréfragable de la liberté du consentement. Il ne fait pas de doute que l'intention des promoteurs du dispositif était de faire de l'homologation une opération de certification du consentement. En atteste l'étrange expression figurant à l'alinéa 3 de l'article L. 1237-14, selon laquelle « L'autorité administrative s'assure (...) de la liberté de consentement des parties ». Sans mettre en doute la bonne volonté des services, on voit mal comment une telle vérification est possible. Et quoi qu'en ait dit le législateur, puisqu'il s'agit de donner un consentement libre, c'est vers le droit des contrats qu'il faut se tourner pour y chercher les vices qui peuvent affecter la validité du consentement. La validation de la convention par le « cachet » de l'inspection du travail ne constitue qu'une présomption réfragable de régularité de la procédure, qui pourra toujours être débattue devant le juge judiciaire.

Nul ne conteste que la rupture conventionnelle puisse être satisfaisante pour le salarié dans certaines circonstances. Ce peut être le cas des salariés ayant une importante ancienneté, qui peuvent se voir allouer une indemnité de rupture reconnaissant leurs apports à l'entreprise, compensant l'insuffisance des salaires au cours de leur carrière. Ce peut aussi être le cas pour des cadres, commerciaux ou techniciens de haut niveau, qui détiennent des informations (par exemple sur le plan fiscal ou sur des pratiques commerciales), et dont la discrétion sera monnayée. Peuvent en bénéficier enfin les salariés désireux de partir, qui obtiendront ainsi l'abandon d'une clause de non concurrence. Dans tous ces cas, la rupture conventionnelle permet une confidentialité qui, du fait de l'homologation, sécurise la rupture.

Reste que ces cas d'intérêts partagés dans une concordance des temps parfaite pour les deux parties ne sont pas la règle générale. La portée du contentieux est de dévoiler les conventions inéquitables et les pratiques dolosives. Même rares, les décisions rendues peuvent avoir valeur d'exemple, et leur publicité est d'autant plus nécessaire que l'action collective apparaît inopérante.

En effet, l'arrêt de la Chambre sociale du 9 mars 2011 a ramené le contrôle du motif du licenciement au plan individuel, provoquant une regrettable involution du contrôle des procédures de licenciements économiques collectives. Les institutions représentatives du personnel, dont chacun se plaît à reconnaître l'utilité sociale et à déplorer la trop grande faiblesse, ne se voient pas reconnaître la possibilité d'être maître de l'action au nom des salariés qu'elles représentent. En contrepartie de ce retrait du collectif, on est en droit d'attendre du juge saisi d'une demande individuelle d'exercer pleinement son contrôle sur la réalité du consentement. La procédure apporte ici une garantie, non pas formelle, mais substantielle, dans la ligne du mouvement juridique et jurisprudentiel qui introduit le principe du débat loyal et contradictoire au cœur de la prise de décision dans les relations de travail [12].

Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin

(12) E. Serverin et T. Grumbach, « Réflexions sur la "substantialisation" des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », *RDT* 2011. 126.